

POR

DON PEDRO DE MENDOza Sandoual, como padre y legitimo administrador de don Diego Mesſia de Prado ſu hijo.

CON

Don Pedro Mesſia de Chaues.

N. 1. EXCLVYDO eſtà dõ Pedro Mesſia de la ſucesſion deſte mayorazgo por muchos fundamentos, y qualquiera de ellos concluyente.

2 ¶ El primero conſiſte, en que conforme a la voluntad del inſtituydor, que gouierna las diſpoſiciones, no pueden ſuceder en el los legitimados por reſcripto del Principe, vt patet ibi: *Y quiero que los que aſsi huuieren eſte dicho mayorazgo, aſsi los deſcendientes, como los tranſuerſales, y nombrados ſean legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, y el que no lo fuere no pueda ſuceder en el dicho mayorazgo, aunque deſpues ſea legitimado por ſubſequente matrimonio, ni por diſpenſacion Apoſtolica, ni Real, ni por otra via alguna.*

3 ¶ Y ſupueſto que con el inſtrumento de la legitimacion de Diego Mesſia, abuelo que don Pedro pretende fue ſuyo, que a ſu pedimiento ſe ha pueſto en el memorial, preſentado por el, eſtà verificada ſu ilegitimidad, vt benè comprobat cum pluribus Maſcard. concluſ. 898. nu. 14. verſ. *Sic etiam filium*, y que ſe legitimò por reſcripto del Principe en forma comun, vt inſinuant verba illa, *no parando perjuyzio a los otros herederos, &c.* eſtando excluydos los legitimados aſsi, no pudo

 hazer-

hazerse con la legitimacion capaz dela sucession, vt benè comprobat Michael. Crasus, lib. 1. sentẽtiarum, § hæreditas, num. 11. §. 1. Ni por ella adquirio nobleza, por requerirse especial gracia, o merced del Principe, l. 12. tit. 2. lib. 6. l. 20. tit. 11. lib. 2. Recop. Azeued. in l. 10. num. 46. tit. 8 lib. 5 Otalora, 2. part. 3. principalis, cap 3. num. 4: cum necetiam possit legitimare in præiudicium eorũ, quibus est ius quæsitum, D. Amaya, in lib. 10. Codicis, tit. 32. num. 61. Menoch. cons. 16. num. 20. Peregrin. art. 24. num. 43. Fachineo, lib. 10. controuers. cap. 71. Aun quando fuera en plenissima forma, cap. cum Vintoniensis, de elect. Cephalo, cons. 82. nu. 66. vol. 1. Riminald. senior, cons. 143. num. 13. vol. 3. Thom Sanch de matrim. lib. 8. disput. 7. per totam.

4 ¶ Immò por el mismo caso que se legitimò, le conuienen formalmente las palabras de la exclusion, y quedarõ assi el, como todos sus descendientes, inhabiles para poder suceder, addentes ad Molinam, de primogen. lib. 3. cap. 3. nu 3. Vincentio Fusar. quæst. 408 nu. 78. Especialmẽte auiendo sido como fueron Iuan Nuñez de Prado, y Catalina de Prado, padres de Diego Messia, parientes dentro del quarto grado, cõ que fue espurio, y no natural: calidad, que obrepticiamente se callò al Principe en la relacion que se le hizo, para que concediesse la legitimacion: pues aunque se dixo en ella que ambos eran solteros, y se deuia dezir assimismo que podian casar legitimamente sin dispensaciõ, se omitio esto vltimo, quod redderet Principem difficiliorem ad concedendum, vel quod certius est impedimentum omnino inferret concessioni.

5 ¶ El segundo fundamento consiste, en que supuesto que vsando de la facultad que tuuo Pedro Messia vltimo posseedor, nombrò para la sucession a doña Maria Messia de Prado, muger de don Pedro de Mendoza, y a sus hijos y descendientes, con obligacion y pacto de no reuocar el

nom-

nombramiento, añadiendo clausula derogatoria jurada, y pleyto omenage, anulando desde luego qualesquier nombramientos contrarios posteriores a este, que despues hiziesse: no auiendo hecho mencion especial, ni generalmẽte de esta clausula derogatoria irritante, y pleyto omenage, o juramento de no alterar (quod eandem vim habet) en la escritura de nombramiento, de que don Pedro Messia de Chaues se intenta valer, le falta la eleccion necessaria para introduzirse a esta sucession, y la voluntad de el elector, que no se presume que quiso alterar la primera hecha en fauor de don Diego Messia y su madre: pues no hizo mencion de la dicha clausula, juramento, y pleyto omenage, vt benè comprobat Pereira de Castro, decis. 82. num. 2. Mieres, 1. parte, quæst. 3. num. 104. & sequentibus, Zauallos, quęst. 611. per totam, addentes ad Molinam, lib. 4. cap. 2. num. 79. versic. *His super addendum censemus*, in fine, Couarr. in Rubrica de testamentis, 2. parte, num. 19. vers. *Tertium ad disputationis*, & alij quos congessimus in prima allegatione, num. 116. Con que juntamente concurre, que aun despues de otorgada esta escritura, de que se vale don Pedro Messia, por el año de 24. la revocò, no perseverando en el nombramiento que por ella avia hecho en el, vt patet memorial, num. 32. in fine, ibi: *Revoco, y doy por ninguno, y de ningun valor ni efecto todos y qualesquier otros nombramientos de sucessores que aya hecho antes de aora.* Et ibi: *Porque como dicho es, revoco y anulo todo lo que en contravencion deste nombramiento huuiere hecho.*

6 ¶ Tertiò, porque aunque el vltimo posseedor huuiera querido nombrar con efecto a don Pedro Messia de Chaues: adhuc la eleccion fuera notoriamente nula, ex potestatis defectu in eligente: aduirtiendo, que como fundamos in prima allegatione, num. 110. cum sequẽtibus, fundò este mayorazgo el instituydor, llamãdo a la sucession a Gonçalo Messia su quarto hijo, en odio de auer casado con doña Aldonça Messia su nieta, hija de

Mem. fol. 6. B. num. 17. ay dos folios sextos al vltimo.

de Pedro Mesſia ſu hijo ſegundo el de la caſa 13. con Iuã Nuñez de Prado el de la quarta, hijo mayor de Diego Meſsia, cuyo nieto pretende ſer dõ Pedro Meſsia de Chaues, que litiga, a cuya linea aborreciò, y aſsi no la llamò a la ſuceſsiõ. Y conſiguientemente no puede conforme a ſu voluntad eſtar comprehendido en la general electiua diſpoſicion q̃ dio a los deſcendientes de Gonçalo Meſſia, para que faltando ellos nombraſſen ſuceſſor, Cardin. Tuſch. concluſ. 456. num. 6. Mantic. de coniecturis, lib. 12. tit. 5. per totum, addentes ad Molinam, lib. 1. cap. 9. num. 11. & 12. vbi ampliãt etiam ad filios odioſi, & inimici teſtatoris, & lib. 2. cap. 5. num. 10. & num. 5. verbo, *Et præfatam*. Y le reſiſte aſsimiſmo la voluntad expreſſa de el teſtador, que no auiendo quando fundò eſte mayorazgo otra perſona de ſus deudos, que fueſſe legitimado por reſcripto de el Principe mas q̃ Diego Meſsia, abuelo de don Pedro ſu entrehermano, en contemplacion de el, los excluyò a todos: con que no ſolo generalmente, verumetiam eſpecifica y literalmente lo dexò excluydo: non enim quæritur cum quo de ſupremis quis loquatur, ſed in quem voluntatis intentio dirigatur.

7 ¶ Quartò, porque aunque diò el inſtituydor facultad de eligir a Gonçalo Meſsia ſu quarto hijo, en quien fundò eſte mayorazgo, y a los deſcendientes de el, que lo poſſeyeſſen, para q̃ a falta de ellos nombraſſen ſuceſſor, ſe la condicionò, con calidad, que fueſſe de ſu generacion, vt patet memorial, num. 3. ibi: *De mi generacion*, & memorial, num. 4. ibi: *Con tanto que ſea de mi generacion, como dicho es*; en que ſolamente quedaron comprehendidos los deſcendientes del inſtituydor, por las lineas de los otros hijos que tuuo, y dexò tranſverſales reſpectiuamente al poſſeedor, deſcendiente de Gonçalo Meſsia, que huuieſſe de nombrarlos: verbum enim illud, *de mi generacion*, dà por cauſa eficiente al inſtituydor, que pronunciandola, trataua, y ſe referia aſsi miſmo. Vndè

ipſius

ipsius tantum descendentes includit, vt præter relatos in prima allegatione num. 105. comprobat Vincent. Fusar. quæst. 345. Ioseph. Sese, decis. 49 num. 13. D. Perez de Lara, lib. 2. cap. 2. num. 9. & sequentibus, Hector Felicio, part. 3. allegat. 20. per totam, Dom Couarr. lib. 3. var. cap. 5. nu. 4. vers. *Secundum*, Iulio Claro, §. emphiteusis, quæst. 34. & sequentibus, videndus Anton. Monach. decis 71. Florentina, à num. 1. cum seqq. præcipuè num. 11. & colligitur ex cap. fin. de conditionibus appositis, ibi: *Si generationem prolis euites*: sicut etiam vocata linea alicuius, ipsius descendentes tantum, non transuersales censeri vocatos, resoluunt Peregrino, art. 22. de fideicommiss. num. 24. Menoch cons. 326. num. 81. & 84. Sese, decis. 49 num. 3. & 4. Simon de Prætis, lib. 3. interpret. 3. solut. 11. num. 41. Fusar. quæst. 345. num. 10. addentes ad Molin. lib. 1. cap. 4. num. 40. Vnde eligiendo a transuersal se contrauendria derechamẽte a la voluntad del instituydor, vt in simili notat Cauedo, 2. part. decis. 32. num. 6. deuiendo entenderla secundum propriam verborum interpretationem, quibus vsus est, Laratha, cons. 53. à n. 23. cum seqq. Zauall. q. 762. n. 26.

8 ¶ Esto que conforme a derecho, y a la propriedad de las palabras, à qua recedere non licet, vt in l. non aliter, ff. de legat 3. procede sin dificultad: la tiene mucho menos, atendiendo a la inteligencia y modo de sentir del instituydor, en cuyo concepto fue lo mismo dezir, *generacion*, que *descendientes*, & econuerso. Porque auiendo en la clausula primera memorial, num. 2. ibi: *Y faltando de los varones y mugeres por linea recta, quien conforme a esta disposicion pueda suceder en este mayorazgo*. Y en la clausula segunda, memor. num. 3. ibi: *Si lo que Dios no quiera la linea del dicho Gonçalo Messia mi hijo se destajare que no aya hijos, ni hijas legitimos que puedan auer este dicho mayorazgo*. Y en la clausula 3. memor num. 4. ibi: *E si lo que Dios no permita acaeciere que el dicho Gonçalo Messia, o los que despues del sucedieren*

ren en el dicho mayorazgo, falleciere sin dexar descendientes, vsado de las palabras, *hijos y descendientes de Gonçalo Messia*, en cuyo defecto auia de llegar el caso de la eleccion, sin auer vsado de la palabra, *generacion*, refiriendose a ellos: despues successiuamente en la clausula 5. memor. num. 6. dixo: *Porque por vna clausula de este mayorazgo doy poder a el dicho Gonçalo Messia mi hijo para que si en algun tiempo fuere desgastada su generacion, pueda nombrar*. De manera, que a los que antes auia llamado, *hijos y descendientes de Gonçalo Messia*, inmediata y consecutiuamente los llamò despues, *generacion de Gonçalo Messia*, tomando estas palabras en vna misma accepcion y sentido. Vndè las otras que vamos interpretando ibi: *Con tanto que sean de mi generacion*, han de importar, y significar lo mismo, que *con tanto que sean mis descendientes*. Nulla enim melior glosa, seu interpretatio reperiri potest, quam quæ ex testatoris mente colligitur, l. ex facto, in princip. ff. de vulgari, l. hæredes palam, §. si quid post, ff. de hæredibus instituend. Tiberio Decian. respon. 7. à nu. 100. vol. 1. Dom. Castill. lib. 3. controuers. cap. 10. num. 25. Garcia, de nobilitat. in initio, num. 5. Cardin. Tusch. conclus. 43. nu. 54. nam vt inquit Surd. cons. 468. num. 10. *Verbum scriptum in vno loco intelligi debet eo modo quo testator intellexit in alio*, & cons. 313. num. 88. Mantica, lib. 3 tit. 9. nu. 3. Sicut ex antecedentibus, & subsequentibus desumitur etiam coniectura voluntatis, l. cum ratione 11. §. si filia, ff. ad legem falcidiam, & l. in repetendis 63. ff. de legat. 3. l. si seruus plurium, §. fin. ff de legat. 1. ibi: *Iunctis his quæ præcedunt, & quæ sequuntur*, l. hæredes palam, §. sed si notam, ff. de testamētis, l. vnum ex familia, §. si omissa, ff. de leg. 2. l. Mæuia, ibi: *Ex contextu scripturæ totius testamenti*, l. nūmis, ibi: *Ex contextu testamenti*, ff. de legat. 3. l. fin. ff. de rebus dubijs, ibi: *Et coniuncta scriptura ita caueat*, l. cum delanionis, §. asinam, vers. *Sed in pri is quid testator demonstrare voluerit*, ff. de fundo instructo, l. quo loco, § si iam mortuo, vbi Bald. num. 1. & Paul.

& Paul.de Castro,numer.2 ff. de hæredib. instit. Mantic.de coniect.lib.3.tit.10.à num.1. cum sequentib. Dom.Castill. lib.4.controuers.cap.50. num.5.& lib.3.cap.15.num.30. Simon de Prætis lib.1.interpret.2.dubitat.3.solutio.5.num. 4. Et ex discretiuo illo modo loquendi, contrapuesto *generacion de Gonçalo Messia,primero llamado, y generacion del instituydor*, es preciso entender los descendientes de cada vno dellos,y no otros, pues si se entendiessen transuersales de ambos, los mismos venian a ser los del instituydor,que los de Gonçalo Messia.

9 ¶ Quinto,porque aunque la facultad de nombrar no huuiera quedado limitada expressamente a la generacion y descendencia de el instituydor,se deuiera entender assi en duda,para que mientras ay descendientes no se pudieran nombrar transuersales,l.hæredes mei,§.fin.ff. ad Trebel.cap.1.de duobus fratribus à capitaneo inuestitis,ibi: *Vnusquisque enim sibi, suisque hæredibus videtur prospexisse*,optimè D. D. Ioan.del Castill.lib. 2 quotid cap.26.num. 54. cum pluribus sequentib.Pereyra de Castro,decis.21.num.7.vers *Vnde quando*,addentes ad Molin.lib.1.cap.4. num. 39. ibi: *Solum eos qui à patre familias descendunt, comprehendit, & in dubio præsumitur testatorem sensisse de propria familia in specie, non in genere*, vbi alios Doctores congerunt,& idem in effectu affirmant, num. 38.antecedenti eiusdem capitis.Sicut etiam dici solet virtute facultatis quamtumcumque amplissimę nunquam posse elegi extraneos,qui de familia testatoris non sint, Dom.D. Ioan. del Castill. lib.5.cap.87.num.34.addentes ad Molin. lib. 2. cap.5.num.4.& 5. vers. *Nec personæ extraneæ*:mayormente no auiendo transuersales legitimos, y en competencia de los que no lo son,pues desciéde don Pedro de Diego Messia, entre hermano del fundador,espurio solamente,o quando mucho natural,sin que aun desta calidad conste.

10 ¶ Sexto, porque supuesto que como

consta

consta del memorial, numer. 15. y 16. consumio el testador el quinto de sus bienes de que podia disponer en fauor de Ysabel Messia, y Blãca Nuñez sus hijas naturales, y mandò a cada vna 500. ducados mas, con q̃ necessariamẽte se à de cõfessar q̃ se fundò este mayorazgo del tercio y legitimas: aun que se fundasse con facultad Real, supuesto que no fue ampla, sed tantum limitada, para hazerlo en sus hijos y descendientes, y de su generacion, deuio guardar la forma de la ley 27. de Toro, y no pudiera preposterar los llamamientos, ni anteponer a los transuersales, aunque fueran legitimos, a sus descendientes naturales, ex adductis in prima allegatione, num. 87. cum sequentibus. Et quia facultas Regia semper debet intelligi, itaut non deroget iuri communi, Mier. 1. part. quæst. 60. numer. 11. & in initio primæ partis, n. 94. & seqq. in nouissima editione.

11 ¶ Sin que obste dezir con Parlador. in sexquicenturia, quæst. 6. num. fin. que la forma de la ley 27 de Toro no deue obseruarse entre los descendientes naturales que no estauan engendrados, ni nacidos al tiempo que se fundò el mayorazgo, a cuya sucession pretenden introduzirse. Porque se responde, que demas de que el hecho en q̃ se funda la oposicion no es aplicable a los terminos del pleyto, pues consta del memorial, num. 11 que Iuan Nuñez de Prado, hijo natural solamente (segun la pretension de don Pedro Messia de Chaues) de Diego Messia, nieto y hijo del instituydor, de quienes don Diego Messia, que litiga, desciende, era ya nacido quando el mayorazgo se fundò año de 61. y el de setenta y quatro quando se reualidò por el testamento, y tãbien lo era nacida doña Aldonça Messia, y posseia el primero mayorazgo, y no la llamò: Esta opinion de Parladorio es incierta, y repugna a la disposicion literal de la ley 27. y assi la reprueua el señor don Iuan del Castillo, disputando la question latamente con muchos autores que refiere, lib. 5. cap 98. à nu. 1.

præci-

præcipuè num. 22. 23. & 24. in fine, Noguerol, allegat. 25 num. 106. & num. 107. ibi: *Quæ sunt notoriè falsæ, & contra mentem, & verba legis* 27. Tauri, *&c.*

12 ¶ Estos fundamentos que de todo pũto excluyen la pretension de don Pedro Messia de Chaues, por la inhabilidad que concurre en su persona (respecto de auer sido su abuelo legitimado) defecto de llamamiento, calidades y nombramiento que el instituydor requirio en los que huuiessen de posseer este mayorazgo, le excluyẽ mucho mas, litigando como litiga con don Diego Messia de Prado, tercero nieto del instituydor, de cuya filiacion y descendencia no se duda, pues los testigos de ambas partes van conformes en ella.

13 ¶ Y aunque por inaduertencia del Abogado, que començò a defender este pleyto el año de treze, se dio a entender que Iuan Nuñez de Prado, abuelo de don Diego, fue hijo natural de Diego Messia, tercero hijo legitimo del fundador, sin añadir, ni negar la calidad de legitimidad que concurrio en su persona: despues en el juyzio de tenuta se articulò y verificò por parte de don Diego, que Diego Messia su visabuelo huuo en Francisca de la Camara, muger honesta, y muy principal, de igual calidad a la suya, siendo viuda, con quien podia casarse, y auiendole dado primero palabra de casamiento al dicho Iuan Nuñez de Prado su abuelo; en que deponen Francisco Xaramillo de Andrada, don Fernãdo de Vera y Mõroy, Gabriel de Morales, Alonso Mazias Guisado, Iuan Mateos Dominguez, diziendo de oydas y de publicidad de la palabra, y que no la conociera carnalmente sin ella, y que le bautizò por su hijo, y de la dicha Francisca de la Camara, y que in facie Ecclesiæ se casara con ella a no auerselo estoruado su padre. Y siendo este hecho tan antiguo bastaran para verificarlo testigos de oydas, vt in cap. licet ex quadam, de testibus, l. 8. tit. 1. lib. 2.

C Recop.

Recop. verſ. *Pero ſi el abuelo huuiere ſeido tan antiguo*, D. Montealegre, de exercitio pract. actionū, lib. 2. cap. 1. num. 24. §. 45. Fabro, lib. 4. tit. 14. defin. 8. dicens ſufficere vnicum teſtē cum fama.

14 ¶ Vndè conſtando, como conſta de la fundacion deſte mayorazgo, cuya eſcritura ſe otorgò el año de 561. y del teſtamento en que ſe aprouò y ratificò el ſiguiente de 64. que eran ya nacidos los tres hijos naturales que tuuo Diego Meſsia, a quien reconocio por tales el fundador, y que fue el mayor dellos Iuan Nuñez de Prado, abuelo de don Diego, paſſando como paſsò eſte hecho antes de la promulgacion del ſanto Concilio de Trento, con la palabra de caſamiento que el dicho Diego Meſsia dio a Franciſca de la Camara, ſiguiendoſe deſpues entre ellos acceſſo, y copula carnal, ſe contraxo, y hizo verdadero matrimonio, vt probat expreſſus text. in cap. veniēs el 2. cap. is qui fidem, de ſponſal. l. 3. tit. 1. part. 4. vbi Gregor. Lop. gloſ. 4. & iterum in l. 8. eod. tit. gloſ. vlt. D. Couarr. de ſponſal. 1. part. cap. 4. §. 1. & ſeqq. Cenedo, in collectan. ad decretal. collectan. 132. Spino, in ſpecul. teſtament. gloſ. 15. principali, num. 55. De que reſulta, que no ſolamēte fue nieto natural del inſtituydor Iuan Nuñez de Prado: mas aſsimiſmo ſe pudiera pretender, q̄ legitimo, y de legitimo matrimonio, aunque ſus padres no lo contraxeſſen in facie Eccleſiæ; y el no auer contraydo con las ſolemnidades de ella, o no aduertir en lo que antes del Concilio ſe determinaua por derecho, reſpecto de no ſer hombre de letras, fue cauſa de que en ſu teſtamento dixeſſe el inſtituydor que era natural, ſin negarle la calidad de legitimo.

15 ¶ Y ex ſupoſitione, que huuieſſe ſido hijo natural ſolamente, acabados los deſcendientes legitimos por deſcendencia legitima, ſin interpoſicion de natural, fue viſto llamar, y llamò a los deſcendientes naturales, vt patet memorial, n. 6.

donde

donde auiendo llamado a los legitimos de Gonç a lo Messia, y refiriendo la facultad que auia dado al vltimo dellos que posseyesse este mayorazgo, para que nombrasse persona que sucediesse en el: declarando su voluntad; dixo que la tenia de que fuesse Iuan Nuñez de Prado su hijo natural, y el mismo le nombraua desde luego. Atendiendo a que en sus descendientes naturales conseruaua, y podia conseruar su nombre y familia, cum de domo parentum dicantur, vt resolvunt Gutierr. lib. 2. practicar. quæst. 155. num. 2. & 3. optimè don Ioan. de Larrea, disputat. 32. per totam, & nu. 43 cum seqq. præcipuè nu. 50. & 55. Azeued. cons. 24. num. 32. & 33.

16 ¶ Y aunque este era hijo de el mismo instituydor, diferente persona que la de Iuan Nuñez de Prado su nieto, abuelo de don Diego: el llamamiento de qualquier hijo, o descendiente natural, se entiende en fauor de todos los que lo son, Ripa, & Bart. in l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebel. Bruno, cons. 15. nu. 11. Socin. sen. lib. 1. cons. 251. num. 17. Menoch. lib. 4. præsumpt. 78. num. 31. ibi: *Nam hoc casu sicuti dilexit suos naturales, præsumitur etiam dilexisse naturales instituti.* Vincen. Fusar. quæst. 406. à num. 23. ibi: *Existimarem tenendum esse, quod sicuti dilexit suos naturales, eadem ratione præsumatur dilexisse naturales institutorum,* Peregrin. art. 28. num. 47. Ioan. Baptist. Lup. de illegitim. lib. 1. § 4. comment. 1. num. 16. in fin. D. Ioan. Baptist. de Larrea, disput. 7. nu. 29 & conducunt tradita à Dom. Castill. cap. 82 num. 34. Mantic. lib. 11. tit. 9 num. 7. Alvarad. de coniectur. lib. 2. §. 1. num. 16. cum etiam voluntas quæ potest esse multiplex æstimanda sit, secundum alia exempla dispositionis, l. qui filiabus, ff. de legat. 1. optimè, & fere in terminis Dom. Castill. tom. 2. cap. 26. nu. 15. quem refert & sequitur D. Petrus Noguerol, allegat. 9. n. 63

17 ¶ Quod & amplius suadetur, de auer requerido el instituydor que los sucessores deste

mayo-

mayorazgo a quien Gonçalo Messia, en quien se fundò, y sus descendientes, auian de nõbrar, fuessen *de su generacion*, quod verbum, cùm naturæ sit, descendentes, seu filios naturales, proprissimè cõprehendit Immola, in l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebel. num. 6. Zauall. de cognition. per viã violent. quæst. 4. num. 48. Gutierr. lib. 2. practic. quæst. 155. num. 3. Stephan. Gratian. cap. 28. nu. 17. & 21. Y consiguientemente conuienen a don Diego Messia de Ocampo, diferentemente que a don Pedro, vt supra comprobatum reliquimus.

18 ¶ Y procede aun con mayor fundamento esta resolucion, atendiendo a la calidad de el instituydor, que fue natural, l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebel. Fusar. quęst. 406. num. 25. Addentes ad Molin. lib. 1. cap. 4. num. 44. Mantica, de coniectur. lib. 11. tit. 9. num. 5. Dom. Castill. cap. 82. num. 32. & 35. Mier. 2. part. quæst. 2. num. 141. Pereyr. decis 14. num. 3. Alvar. lib. 2. §. 1. num. 16. Peregr. art. 28. num. 4. Menoch. lib. 4. pręsumpt. 38. n. 24.

19 ¶ Mayormente si se considera, que como consta del memorial, num. 11. en mucha parte de los bienes vinculados deste mayorazgo, que fueron de Diego Messia de Prado, visabuelo de don Diego, se auia entrado el instituydor, perteneciendo como pertenecia la sexta parte de ellos en propriedad por sucession legitima abintestato a Iuan Nuñez de Prado su hijo, quando lo fuesse natural solamente, respecto de no auer dexado, ni tenido otros legitimos, Auth. licet, C. de natur. liberis, Auth. quib. mod. natur. efficiantur sui, §. si quis autem defunctus, Auth. de trien. & semisse, §. si consideremus, l. 8. tit. 13. part. 6 Couarr. in 4. 2. part. cap. 8. §. 4. num. 9. Matienç. in l. 9. titul. 8. lib. 5. glos. 1. num. 1. Gratiano, cap. 227. num. 25. & 26. Anton. Gom. in l. 9. Taur. num. 4. Roxas, de succes. cap. 13 à num. 1. Vndè no pudiera el instituydor disponer de bienes que no eran suyos, dexandolos a diferentes personas q̃ a aquellos a quiẽ

perte-

pertenecian, ex l. traditio 20. ff. de acquir. rerum domin. cap. quod autem 5 de iur. patron.

20 ¶ Y si esto procediera indubitablemẽte, como auemos fundado, respecto de Iuan Nuñez de Prado, nieto del instituydor (aun quando fuera natural solamente, faltando descendencia legitima) mucho mas procedera respecto de don Diego, y doña Maria Messia de Prado su madre, considerando que ambos son legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, y que solamente se requirio esta calidad en las personas mismas que por nombramiento del vltimo descendiente de Gonçalo Messia huuiessen de suceder actualmente, vt patet memorial, num. 3. ibi: *E quiero que los que assi huuieren este dicho mayorazgo, assi los descendientes, como los transuersales y nombrados sean legitimos, e de legitimo matrimonio nacidos, y procreados; y el que no lo fuere no pueda suceder.* Quæ verba ad qualitatẽ personalem, actualium possessorum referuntur: non verò ad realem, seu linealem: cum qualitas adiuncta verbo debeat intelligi, secundum tempus verbi, Auend. in l. 44. Taur. glos 15. num. 2. Menoch. cons. 107. num. 22. Dom. D. Ioan. Castill. libr. 5. cap. 90. à num. 21. Alvarez, in axiomat. iuris, verbo, *Qualitas*, numero. 12. Barbos. in l. si ab hostibus, §. fiu. num. 25. ff. solut. matrim. Surdo, cons. 316. num. 4. & 5. volum. 3. Casanate, cons. 8. n. 20. & 21. Sforcia Odda, cons. 38. n. 68.

21 ¶ Y mucho mas teniendo como tuuo Gonçalo Messia, primero llamado, la calidad misma de *legitimo, hijo de natural*, por serlo como lo era natural solamente Pedro Messia, fundador deste mayorazgo: ex qualitate enim primi vocati volũtas institutoris deprehenditur, glos. verbo, *ex voluntate*, in l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebel, vbi Rippa, num. 66. Fusar, quæst. 406. à num. 24. Mantica, lib. 11. tit. 9. num. 27. Peregr. de fidei com. art. 28. n. 48.

22 ¶ Immò, quando la calidad de *legitimos, y de legitimo matrimonio*, se huuiesse de entender

per prius, & in potiori significato de successores, por descendencia legitima, sin interposicion alguna de natural, auria de entenderse mientras los huuiesse: y bastaria que despues se verificasse en legitimos, a quien por sus personas conuiniessen las palabras de la disposicion, aunque descendiessen de naturales, argum l. generaliter, § cum autem, C. de institut. & substitut. ibi: *Nisi ipsi liberi sine iusta sobole decesserint, vt quod inter iustos liberos sancitum est, hoc & in naturales filios extendatur*, Marta, in summa totius succesionis legalis, part. 2. quæst. 4. art. 5. num. 22. Francisc. Beccio, lib. 2. cons. 138. per totum, Casanat. cons. 8 num 17. Scipi. Theodor. allegat. 1. num. 76. Stephan. Gratian cap 218. num. 19. Mier. 2. part. quæst. 2. num. 27. Azeued. cons. 24. per totum, G tierr. cons. 3. num. 13. Hieron. Gonçal. in regul. 8. Cancelar. glos. 5. in princip. num. 109 Lambertin. de iur. patronat. 2. p. lib 1. quæst. 2. art. 32. per totum. Et conducunt tradita ab Addentibus ad Molin. lib. 2. cap 11. num. 26. & lib. 3. cap. 5. num. 41. vsque ad 43. & iterum num. 51. & Dom. D. Ioan. Baptista Valençuela, cons 97. n. 130 & seqq.

23 ¶ Y es mas precisa esta inteligencia, o interpretacion de voluntad, atendiendo a que deue juzgarse que quiso conformarse con las disposiciones legales, y que supuesto que fundò este mayorazgo del tercio de sus bienes, y legitimas de sus hijos, no pudo aũque quisiesse excluyr a sus descendientes legitimos, ni ilegitimos, dando llamamiento a los transuersales antes que a ellos, ni dar facultad al vltimo posseedor, para que en su perjuyzio, y auiendo alguno de ellos viuo, los eligiesse, argument. l. Seius, & Agerius, ff. ad legem falcidiam, Dom. Castillo, cap. 128. num. 12. Pues deuio guardar la forma de la ley 27. de Toro, sin preposteran sus llamamientos. Y quãdo no la guardasse, la misma ley los reduze a ella, aunque la disposicion se haga en virtud de facultad Real, no siẽdo ampla para disponer en fauor de qualesquier

perso-

personas,transuersales,o estraños del instituydor a su libre voluntad, ex ijs quæ diximus in prima allegation. à num. 87. vsque ad 101. Ricc. decis. 38. Curiæ Archiepisc. num vltim. Fusar. quæst. 345. Dom. Castill. cap. 128 numer. 6. & sequentibus.

24 ¶ Y atendiendo a esto el vltimo posseedor, y que ni el, ni el instituydor pudieran dexar de llamar, ni elegir a doña Maria Mesia de Prado, muger de don Pedro de Mendoza, y a sus descendientes, los eligio, otorgando en su fauor el año de 1585. la escritura de nombramiento que està en el pleyto, memorial, num. 13. con que tienen especifico y literal llamamiento, ex optimè traditis ab Addentibus ad Mol. lib. 2. cap. 4. nu. 4. & 5. Y porque nombrada doña Maria Mesia, lo tienen por la clausula de la fundacion sus descẽdientes, vt patet ibi: *Quiero que lo aya, y suceda en el la persona que el vltimo posseedor del*, iunctis illis verbis: *Y señalare, y nõbrare*, *Y LOS DESCENDIENTES DEL TAL NOMBRADO.*

25 ¶ Porque aunque nombrò assimismo en esta escritura a doña Maria Mesia de Prado, hija de Pedro Mesia de Prado, y de doña Olalla de Saez: esta murio sin descendientes antes que el elector, vltimo posseedor: y assi se caducò su llamamiento, quedando firme el de doña Maria Mesia, muger de don Pedro de Mendoça, y sus descẽdientes, l. 3. §. fin. ff. de liber. & posthum. l. ex facto 43. §. Lucius, ff. de vulgar. l. filius 75. ff. de hæredib. instituend. l. non putauit, §. à primo, ff. de bonor. possess. contra tabul. l. nam si miles 7. ff. de iniusto rupto, l. si is qui soluendo non est 55. & 57. ff. de hæredib. instituend. l. vnica, §. in primo, & §. pro secundo, C. de caduc. tollend. Addentes ad Molin. lib. 1. cap. 1. num. 17. vers. *Ex quo infertur*, & lib. 3. cap. 6. num. 39. vbi plures congerunt Antonino Amato, variar. forens. resolutionum, resolution. 40 num. 8. cum seqq. Dom. D. Ioan. de Larrea, decis. 67 num. 5. & 6.

Vndè

26 ¶ Vndè por esta eleccion tiene derecho firme para suceder en este mayorazgo dō Diego Messia. Asi por no auerla reuocado el elector vltimo posseedor, ni tenido intento de reuocarla, iuxta ea quæ iam supra diximus, numer. 14. como porque auiendola acetado la primera nombrada, y don Pedro de Mendoza, y Iuan Nuñez de Prado por su muger y hija, memor. num. 14. 16 18. 19. y los demas sus descendientes, quedò irreuocable, sin que pudiesse el eligente variar en ella, D. D. Ioan. Baptista Valenç. consf. 155. nu. 12. & 26. D. Castillo, tom. 6. cap. 155. num. 7. Especialmēte auiendo dispuesto el testador, que los nombrados, luego que lo fuessen, pudiessen tomar la possession, vt optimè considerat D. Præses, vbi supr. d. consf. 155 n. 27.

27 ¶ Y mucho mas considerando, que siempre que se haze la eleccion nomine alieno, nō licet eligenti variare, vt resoluit Tiraquel. in l. boues, §. hoc sermone, num 43. limitat. 1. ff. de verbor. signif. Addent. ad Mol lib. 2 cap. 4. n. 35.

28 ¶ Especialmente siendo como es cierto, que aunque la facultad de nombrar se concedio por contracto, siendo como fue de donacion, ò mayorazgo hecho en fauor de los hijos, se juzga como vltima voluntad, vt tradit Molino, de ritu nuptiar. lib. 3. quæst. 6. num. 9. & quæst. 10. num. vlt. Addentes ad Molinam, lib. 4. cap. 2. num. 84. vers. *Primo etiam si maioratus*. Vndè como en la eleccion hecha en virtud de licencia concedida en testamento no se puede variar, vt est concors omniū Doctorum resolutio, ex l. serui electione, ff. de liberat. legata: ita etiam nō licebit variare en la que se concede por contracto, qui vltimæ voluntatis naturam sapit, ex ijs qui diximus in nostra 1. allegatione, num. 20.

29 ¶ Y en el caso de este pleyto con mayor razon, aduirtiendo, que en la fundacion de el mayorazgo, se refirio el instituydor a lo que despues dexasse ordenado en su testamento; y auiendolo

dolo

dolo otorgado, confirmò en el lo que antes tenia dispuesto, en lo que expressamente no alterò, memorial, num. 7. 13. & 16. Vnde, estando como estuuo en mano de el instituydor alterar la primera disposicion, tomò firmeza irreuocable de el testamento, en que la confirmò, disponiẽdo que se quedasse en su fuerça y vigor. Y consiguientemente se infiere, que la fundacion y facultad de elegir se hizo y concedio por vltima voluntad, y no por cõtracto, y assi no pudo variarse en ella vna vez hecha.

30 ¶ Quod & amplius suadetur, aduirtiendo, que la institucion desto mayorazgo, se hizo, vsando Pedro Messia, instituydor de la facultad Real, en que su Magestad le concedio licencia, o permission para alterarlo, y reuocarlo despues de hecha, vna, y todas las vezes que quisiesse, y le pareciesse. Cõ que, aunque lo fundasse por escritura, y con todas las clausulas que aliàs, sin la facultad Real lo constituyeran irreuocable: quedò siempre sugeto a reuocacion, como lo quedan los testamentos, y vltimas voluntades, vt præter in prima nostra allegatione, num. 21. citatos, resoluunt Dom. Molin. lib. 2. de primogen. cap. vltim. num. 12. vers. *Si el instituydor*, & Addentes ad eundem Molinam, lib. 4. cap. 2. num. 78. & 79. Matienç. in l. 4. tit. 7. lib. 5. Recop. glos. 6. à num. 1. Noguerol, allegat. 9. n. 40.

31 ¶ Y quando esto cessara, por el pacto de no reuocar, y renunciacion de la facultad para poder variar (reualidando quantas vezes se intentasse la eleccion hecha en doña Maria Messia, y sus descendientes) quedò assimismo irreuocable, y sin facultad el elector de poder variar, Dom. D. Ioan. del Castillo, cap. 80. lib. 5. num. 48. versicul. *Sed & Blasius Flores*, circa fin. & num. 36. Addentes ad Molin. lib. 2. cap. 4. num. 32. ibi: *Quod intellige vbi adest pactum de non reuocando*, & conducunt tradita ab eisdem Addentibus, lib. 4. cap. 2. num. 20. in fine:

32 ¶ Ac denique etiam his omnibus deficientibus, quedò este nombramiento irreuocable, por auerse hecho declarando la voluntad del fundador vt patet ex ipsius electionis verbis, ibi: *Y vsando del dicho poder y facultad, e para cumplir con la voluntad, e intencion del dicho fundador*: quo in casu etiã los nombramientos que por su naturaleza son reuocables, haziendose como se hizo este para cumplir con la voluntad que el elector entendio, y pudo entender del fundador mismo, por auerlo tratado y comunicado, quedan irreuocables, vt tradunt in terminis Molina, lib 1. cap. 8 numer. 38. vbi eius Addent. Dom. Castill. lib. 2. cap. 26. nu. 84. & 85. & lib. 5. cap. 183. numer. 7. & cap. 184. per totum, præcipuè num. 5. & cap. 161 num. 20. Fontanel. de pact. nupt. tomer. 1. clauf. 4. glos. 5. num. 15 & 19. Fusar. quæst. 501. num. 9. Matienço, in l. 9. tit. 9 lib. 5. Recop. glos. 1. num. 9. Salgad part. 4 cap. 12. num. 50. cum seqq. Amaya, in l. instar, C. de iure fisc. num. 22. Hermos. cum pluribus à se citatis, in l. 7. tit. 4. part. 5. glos. 5. nu. 26. ibi: *Limita tertio, nisi electio, seu nominatio facta esset, secundum tacitam, vel præsumptam voluntatem testatoris declarando eius voluntatem, nam tunc eligens non potest variare, nec declarationem reuocare.* Y mucho mas auiendose hecho en fauor de personas, a cuyo padre mostrò el testador tanta afeccion, reconociẽdolo por su nieto, como reconocio a Iuan Nuñez de Prado, ex traditis à Cancer. var. resolut. lib. 1. cap. 1. num 53. Domin. Castill. lib. 2. cap. 26. ex num. 32.

Memor. fol. 4. segundo, por auer dos fol. 4.

33 ¶ De que euidentemente se infiere, q̃ no solamente ha de ser declarado por sucessor de este mayorazgo don Diego Messia: mas que se le han de mandar restituyr los frutos de el, desde la muerte del vltimo posseedor, sin atender a la sentencia de tenuta, por estar siempre aquella determinacion sugeta a la que se haze en la propiedad, y no dar titulo irreuocable para la adquisicion, vt resolvunt Mier. 3. part. quæst. 25. num. 44. & 45.

Dom. D. Ioan. del Castill. lib. 5. cap. 135. nu. 67. ad quem se remittunt Addentes ad Molinam, libro 3. cap. 13, num. 69. in fine. En tanto grado que no tiene mas prerrogatiua para vencer el Actor, que el Reo, por juzgarse que ambos lo son igualmente, y quedarles ileso el derecho en quanto a la propiedad, como si ninguno huuiera vencido en la tenuta, vt optimè resoluit Dom. D. Christoual de Paz, de tenuta, tomo 2. cap. 69. per totum: Quæ sint dicta. Salva, &c.

Licenciado Pedro Calvo Ossorio.